

## GIURISPRUDENZA

*Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili*

### I costi indiretti della commessa vanno ricompresi nei costi della manodopera?

*Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786*

PERSONALE NON IMPIEGATO STABILMENTE NELLA COMMESSA – COSTI MANODOPERA – RATIO – GIUSTA RETRIBUZIONE – NON VANNO RICOMPRESI



Nell'ambito di una procedura di affidamento del servizio di ristorazione scolastica il secondo classificato ricorreva contro l'aggiudicazione dolendosi, fra gli altri motivi, dell'**incongruità dell'offerta aggiudicataria** per contrasto fra il **numero di lavoratori** indicati in offerta tecnica e quello riportato nelle giustificazioni, nonché per l'illegittima **applicazione di diversi contratti di lavoro** alle medesime figure professionali.

In particolare, nelle giustificazioni non sarebbe stato riportato il costo relativo alla figura del dietista e a quello del direttore del servizio, in quanto impiegati dall'operatore economico per diversi appalti e non per il singolo e specifico appalto in esame. Il tema è, dunque, se il costo di tali figure di supporto – definiti "**costi indiretti della commessa**" – in generale vada ricompreso o meno nei costi della manodopera relativi allo specifico appalto.

Per il collegio, l'art. 95, c. 10, del d.lgs. 50/2016, che impone all'operatore economico di esporre nella propria offerta i "*propri costi della manodopera*" ha una dizione letterale **neutra**, proprio perché il significato potrebbe essere sia quello ristretto, riferito ai soli dipendenti subordinati che prestano l'attività esecutiva per lo specifico appalto, sia quello più ampio, che ricomprenda l'intero fattore-lavoro necessario all'esecuzione dell'appalto e, dunque, in questa ottica anche i servizi di supporto ai servizi esterni. Per i giudici "[...] è **preferibile** riferire il costo della manodopera di cui al citato art. 95, c. 10, ai soli **costi diretti della commessa**, esclusi dunque i costi per le figure professionali coinvolti nella commessa in ausilio e solo in maniera occasionale secondo esigenze non prevenibili". La ratio della norma prevista dal Codice degli appalti è quella di garantire la **giusta retribuzione** ai lavoratori e tale esigenza di tutela è avvertita maggiormente per quei dipendenti **impiegati stabilmente** nella commessa; non così invece per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente (come la dietista) e in maniera trasversale a vari contratti (come il direttore del servizio). Pertanto, ad avviso dei giudici, l'operatore economico non era tenuto a inserire il costo di tali figure nella propria offerta, né si può affermare che abbia modificato illegittimamente la propria offerta in sede di giustificazioni.

Riguardo alla seconda contestazione circa l'applicazione dei **differenti contratti di lavoro**, in giurisprudenza è consolidato l'indirizzo per cui la **lex specialis non possa imporre o esigere** un determinato contratto collettivo, tanto più nel caso in cui astrattamente se ne possano applicare diversi; la libertà imprenditoriale, in ogni caso, incontra il limite della necessaria **coerenza** tra il contratto che in concreto si intende applicare e l'oggetto

dell'appalto. Nel caso di specie, tuttavia, tale "incoerenza" non si è manifestata e, pertanto, le doglianze dell'appellante non state accolte.

\* \* \* \* \*

### L'obbligo per la PA di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza

*Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237*

### RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE – RAGIONEVOLE AFFIDAMENTO DELLA CONTROPARTE – COMPORTAMENTO COMPLESSIVO DELLA PA



La presente pronuncia in appello interviene a seguito del rigetto del ricorso da parte del TAR Liguria, instaurato da un'ATI quale iniziale aggiudicataria di una gara per la realizzazione di un parcheggio interrato, a seguito dell'**asserito comportamento scorretto** del Comune che aveva bandito la gara, il quale – intervenuta l'aggiudicazione definitiva – richiedeva una **consegna anticipata dei lavori**, contestualmente **sospendeva** la procedura per le festività natalizie, sospendeva nuovamente per un'asserita carenza documentale e successivamente **annullava in autotutela** l'aggiudicazione per la revoca intervenuta della certificazione SOA della ditta mandante, nonostante la trasmissione della nuova attestazione. Il ricorso in primo grado veniva respinto sull'assunto che l'ipotizzata responsabilità precontrattuale, astrattamente ravvisabile nei comportamenti non corretti tenuti dall'Amministrazione con l'avvio anticipato della cantierizzazione dell'opera, a fronte di un progetto messo a gara carente dal punto di vista progettuale, sarebbe esclusa dall'annullamento dell'aggiudicazione da parte del Consiglio di Stato (successivamente intervenuto su ricorso di altra ATI partecipante alla procedura), che avrebbe fatto venir meno qualsivoglia aspettativa tutelabile dell'azienda.

L'ATI appellante ha richiesto il **risarcimento** dei danni subiti a titolo di responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale per il comportamento scorretto del Comune antecedente alla mai intervenuta stipula del contratto, ritenendosi lesa per l'**affidamento** riposto nel **buon esito** della procedura, per via dell'avvenuta aggiudicazione definitiva e della richiesta di consegna anticipata dei lavori senza però un effettivo seguito, contemplando una serie di voci tra cui il mancato utile, le spese generali, il danno curricolare, nonché la perdita di *chance*.

Il Consiglio di Stato ha precisato sin dalle prime battute della sentenza l'ascrivibilità in astratto della fattispecie alla responsabilità precontrattuale della PA, collocandosi l'evento dannoso in una fase che precede la stipula del contratto.

Si applica infatti anche ai soggetti pubblici – sia nell'ambito di trattative negoziali condotte senza procedura di evidenza pubblica, sia nell'ambito di vere e proprie procedure di gara – l'obbligo di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza sancito nell'art. 1337 c.c.. Occorre, dunque, **evitare di ingenerare** nella controparte privata **affidamenti ingiustificati** ovvero di tradire, senza giusta causa, affidamenti legittimamente ingenerati. La buona fede e la correttezza si specificano in una serie di **regole di condotta**, tra le quali l'obbligo di valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della trattativa e di informare tempestivamente la controparte dell'eventuale

esistenza di cause ostative rispetto a detto esito. Ciò, però, non è avvenuto nel caso di specie.

Nelle procedure ad evidenza pubblica, è proprio con l'**aggiudicazione definitiva** che il partecipante alla gara può fare un **ragionevole affidamento** sulla conclusione del contratto e, dunque, può dolersi del "recesso" ingiustificato dalle trattative che la stazione appaltante abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara. Inoltre, ciò non può non valere anche in caso di annullamento giurisdizionale.

Nonostante, dunque, **ogni singolo provvedimento** adottato durante la gara sia **astrattamente** idoneo (per specifiche circostanze concrete) ad ingenerare nel concorrente il legittimo affidamento sulla **positiva conclusione** del procedimento, solo la definitiva individuazione del contraente ne costituisce l'incontestata realizzazione. L'Amministrazione che agisce nella procedura viene equiparata ad un contraente privato e tutte le fasi della procedura si pongono quale **strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale** e, pertanto, il rispetto dei principi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. non può essere circoscritto al singolo periodo successivo alla determinazione del contraente.

In sintesi, la sussistenza di un legittimo affidamento ingenerato nel concorrente di una procedura ad evidenza pubblica è costituita dall'**atteggiamento complessivamente tenuto** della Pubblica Amministrazione nel corso delle trattative: infatti *"ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivo tenuto dall'amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede"*.

Prosegue il Consiglio chiarendo che l'**annullamento giurisdizionale**, successivo, dell'aggiudicazione **non** può determinare l'**automatica eliminazione dell'affidamento** precedentemente ingenerato e dunque della scorrettezza comportamentale dell'Amministrazione. Al contrario, dalla sentenza sarebbe possibile evincere una sorta di **colpa in re ipsa** per la gravità dei vizi riscontrati (errata valutazione dei requisiti soggettivi dei concorrenti) cui va aggiunta l'inadeguatezza progettuale della gara.

Conclude poi il Consiglio valutando e determinando l'effettiva consistenza del danno risarcibile e quindi l'addebitabilità o meno, in toto o in parte, al privato del danno, secondo le indicazioni di cui all'art. 1227 c.c., valorizzando a tal fine la mancata impugnazione della prima sospensione e soprattutto l'intervenuta revoca della SOA. Si afferma, così, la tutela dell'affidamento avuto fino alla sentenza di annullamento, che ha chiarito l'illegittimità del risultato favorevole per colpa della gestione della procedura della Stazione appaltante. Non va invece risarcita l'asserita lesione all'affidamento nel periodo di assenza dell'attestazione SOA richiesta, rendendo tale circostanza di per sé impossibile il perfezionamento del contratto.

In rilievo, come afferma il Consiglio, ai fini del **risarcimento "ripristinatore"**, viene solamente il cd. **interesse contrattuale negativo** che copre sia il danno emergente, quali le spese sostenute per delle trattative rivelatisi inutili, che il lucro cessante, da intendersi non come mancato guadagno rispetto al contratto non eseguito, ma come perdita di chance. È escluso, poi, l'asserito danno curricolare, derivando lo stesso dalla mancata esecuzione del contratto e, quindi, riguardando l'interesse positivo non risarcibile nel caso di specie.

## NORMATIVA

*Le fonti normative sottolineate sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

### Il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di Regolamento ministeriale recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici

Il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti normativi, nell'Adunanza di Sezione del 17 novembre 2020, ha reso il **parere n. 1940/2020** in merito allo schema di regolamento adottato dal Ministro per la Pubblica Amministrazione circa la digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici.

Nel ricordare che *“la digitalizzazione degli appalti pubblici è una delle principali direttrici delle politiche economiche della Commissione europea”*, il Consiglio reso il proprio parere sullo schema di decreto elaborato dagli Uffici del Ministro per la Pubblica Amministrazione: il documento identifica i principi generali che sottendono alla digitalizzazione dei processi di acquisto della PA, effettuando in particolare la cd. **reingegnerizzazione** in chiave digitale delle fasi di **acquisto** e **negoiazione** e individuando le **caratteristiche tecniche** generali dei sistemi – indicati appunto come “sistemi telematici” – che ne costituiscono il supporto telematico.

Fra i diversi **rilievi** svolti sulle varie criticità riscontrate, si segnalano quelli inerenti agli articoli del regolamento relativi all'**apertura** e **valutazione** delle offerte **tecniche** ed **economiche**; caldeggiando la riscrittura dei due articoli in questione, il Consiglio di Stato ha affermato come sia *“necessario garantire espressamente che l'utilizzo del sistema telematico non comprometta o pregiudichi la normativa primaria di svolgimento della procedura di evidenza pubblica, non si appropri di spazi di discrezionalità tecnica riconosciuti agli organi della stazione appaltante, assicuri il rispetto delle regole di riservatezza delle sedute non pubbliche della commissione giudicatrice e l'osservanza di quelle relative all'accesso agli atti di gara, ai sensi dell'articolo 53 del codice dei contratti pubblici”*.

## DIALOGO TRA CORTI

*Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso attraverso le banche dati pubblicamente consultabili*

### L'Adunanza plenaria fa chiarezza sull'esatta individuazione del termine di decorrenza per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione

*Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12*

### RINVIO PREGIUDIZIALE – ADUNANZA PLENARIA – APPALTI PUBBLICI – TERMINE PER IMPUGNARE – AGGIUDICAZIONE – PRINCIPIO DELLA PIENA CONOSCENZA O CONOSCIBILITÀ

Con la sentenza in rassegna, l'**Adunanza plenaria** del CdS è tornata ad occuparsi della questione relativa alla **decorrenza dei termini di impugnazione** di un provvedimento di **aggiudicazione** nell'ambito di una procedura di affidamento di contratti pubblici di appalto e concessione di lavori, servizi e forniture, ponendo così fine al lungo ed **acceso dibattito** sul tema che ha dato origine ad **orientamenti giurisprudenziali** di segno opposto.

Nel fornire risposta ai numerosi quesiti posti sul punto dalla V sez. del Consiglio di Stato con ordinanza di rimessione n. 2215 del 2020, l'Adunanza plenaria ritiene in primo

luogo che, anche in assenza nel nostro ordinamento di un **mancato coordinamento** fra i testi che disciplinano la questione considerata (art. 120, c. 5, d.lgs. 104/2010, che richiama l'art. 79 del d.lgs. 163/2006), il legislatore abbia comunque voluto dare rilievo, in relazione al **dies a quo**, ad una *“data oggettivamente riscontrabile”*, da individuare da un lato in considerazione degli **incombenti formali** cui è tenuta *ex lege* l'Amministrazione aggiudicatrice e dall'altro in considerazione del rispetto della regola di **diligenza** cui è tenuta l'impresa interessata.

Successivamente, con riferimento alla questione relativa alla proposizione dell'**istanza di accesso** agli atti di gara, la Plenaria ritiene che l'Amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a consentire all'impresa interessata di accedere agli atti della procedura, quando quest'ultima ne faccia **richiesta scritta** (in tal caso sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, c. 2, del d.lgs. 50/2016, applicabile per identità di *ratio* anche all'accesso informale). In presenza di **eventuali rifiuti o comportamenti dilatori** dell'immediata conoscenza degli atti di gara e dei relativi allegati, il termine per l'impugnazione degli atti comincia a **decorrere** solo da quando l'interessato li abbia **conosciuti**.

Sempre in tema di identificazione del *dies a quo*, l'Adunanza richiama l'**art. 29**, ultima parte, del d.lgs. 50/2016, secondo cui *“i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”*. Tanto basta per affermare che l'impresa interessata – che intenda proporre un ricorso – ha l'onere di consultare il *“profilo del committente”* poiché deve assumersi la **conoscenza legale** degli atti dalla data in cui ha luogo la loro **pubblicazione** con i relativi allegati.

Nel principio di diritto, l'Adunanza plenaria conclude, sul punto, in questi termini: *“il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016”*.

L'Adunanza affronta, infine, la questione inerente al decorso del **termine di impugnazione** allorché l'esigenza di proporre il ricorso sia emersa (solo) dopo aver conosciuto i **contenuti** dell'offerta dell'aggiudicatario o le sue **giustificazioni** rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta. Sul punto, l'Adunanza plenaria ritiene che il *“principio della piena conoscenza o conoscibilità”* trovi applicazione anche in tale caso, ai sensi dell'art. 76, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016 (i.e. i richiamati 15 giorni). Ebbene, proprio perché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, **non si rende necessario** il cd. ricorso al buio. Tale ricorso, invero, sarebbe *“di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, c. 1, lett. d), del c.p.a.”*.

Pertanto, alla luce delle suesposte considerazioni, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha affermato i seguenti **principi di diritto**:

*“a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. 50 del 2016;*



b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati".

## DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

### L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:

#### GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su [www.edicolaprofessionale.com/gda](http://www.edicolaprofessionale.com/gda) con le credenziali note)

- B.P. AMICARELLI, **La nozione di organismo di diritto pubblico: il caso di Cassa depositi e prestiti investimenti sgr spa**, 2020, 5, 660;
- B. CIMINO, **Procedimenti e organizzazione della Pubblica Amministrazione**, 2020, 5, 610;
- M. COZZIO, **Le interdittive antimafia, buona amministrazione e tutela effettiva dell'appaltatore**, 2020, 5, 671.

#### URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su [www.edicolaprofessionale.com/urbapp](http://www.edicolaprofessionale.com/urbapp) con le credenziali note)

- A. ASCANI, **Valorizzazione del patrimonio edilizio: novità introdotta nel cd. Decreto crescita**, 2020, 5, 656;
- S. FANTINI, **Le sopravvenienze nelle concessioni e nei contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza**, 2020, 5, 641;
- V. MIRRA, **Diritto d'accesso e attività contrattuale della Pubblica Amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?**, 2020, 5, 680.

\*\*\*\*\*

**A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – E' valutabile l'offerta priva di firma digitale antecedente al termine di scadenza presentazione offerte?**

Con una recente sentenza (Cons. Stato, sez. V, 12.11.2020, n. 6969), il Consiglio di Stato ha affrontato un'altra questione riconducibile all'utilizzo di strumenti di tipo telematico nell'espletamento di procedure di gara. Nel caso di specie, **a causa di un malfunzionamento della piattaforma di gara**, un concorrente si era trovato nell'**impossibilità di caricare in maniera completa la propria offerta tecnica**. Questo in ragione del fatto che il sistema consentiva il caricamento di file per una dimensione massima di 40 MB, insufficiente per contenere tutta la documentazione del concorrente ed inferiore rispetto a quello previsto dalla legge (50 MB).

La stazione appaltante, preso atto della problematica, aveva consentito al concorrente di produrre, dopo lo scadere dei termini per la presentazione dell'offerta, la documentazione che non era riuscito a caricare sul portale per cause ad esso non imputabili.

Nel concedere tale possibilità, l'Amministrazione aveva espressamente chiarito che **il concorrente doveva dimostrare l'effettiva creazione dei documenti in data anteriore alla presentazione dell'offerta**, condizione da attestare tramite marcatura temporale o altri strumenti analoghi. Inoltre, la stazione appaltante aveva precisato che la dimensione complessiva dei documenti, compresi quelli correttamente caricati nella busta digitale, non poteva superare il limite massimo di 50 MB previsto nel disciplinare di gara.

Il concorrente aveva provveduto all'inoltro degli elaborati tecnici firmati digitalmente, ma la commissione non aveva ritenuto valutabile tale documentazione in quanto **"la firma digitale in calce alla stessa apposta recava la data della produzione documentale e non una data antecedente alla scadenza del termine medesimo, non potendosi, dunque, ritenere formata in data antecedente"**.

Nella sentenza citata, il Collegio ha considerato legittimo l'operato della commissione giudicatrice, che non ha ritenuto raggiunta la prova richiesta, a tutela della *par condicio*, dalla stazione appaltante in merito alla formazione dei documenti mancanti in data antecedente al termine di scadenza per la presentazione delle offerte. Il motivo è riconducibile al fatto che, **se il concorrente avesse firmato i documenti prima di aver tentato il caricamento sulla piattaforma, la firma digitale avrebbe recato la data corrispondente**, costituendo prova certa.

\* \* \* \* \*

**Esclusione automatica dell'offerta anomala e carattere "intertemporale" del decreto semplificazioni**

Con apposito parere precontenzioso (cfr. [delibera 21 ottobre 2020, n. 840](#)), l'**ANAC** affronta il tema del carattere **temporaneo** del **decreto semplificazioni** (d.l. 76/2020) in relazione alla norma contenuta nell'art. 97 del Codice degli appalti che disciplina le offerte anormalmente basse.

L'**art. 1 del d.l. 76/2020**, nell'ottica di incentivare gli investimenti pubblici per fronteggiare le ricadute negative sull'economia a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19, ha rimodulato la disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici **sotto soglia** di rilevanza eu-

ropea, introducendo un regime parzialmente e temporaneamente **derogatorio** rispetto a quello dettato dall'art. 36 del Codice che si applica alle procedure di affidamento la cui determina a contrarre o altro equivalente atto di avvio del procedimento siano adottati entro il **31 dicembre 2021**.

Tra le novità principali introdotte in tema di contratti sotto soglia vi è l'estensione del meccanismo dell'**esclusione automatica** delle offerte in presenza di un numero di offerte ammesse pari o superiore a **cinque**, in deroga all'**art. 97, c. 8, del Codice** che ne circoscrive l'applicazione in presenza di almeno dieci offerte.

Nel caso di specie la società istante contesta il provvedimento di esclusione da una procedura di gara disposto nei propri confronti dalla stazione appaltante in forza dell'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse ai sensi del nuovo art. 1 del d.l. 76/2020, ancorché la richiesta di offerta sia stata pubblicata il 13 luglio 2020, anteriormente all'entrata in vigore del decreto semplificazioni (17 luglio 2020).

L'Autorità è chiamata, pertanto, a verificare se le disposizioni dell'art. 1, introdotte dalla decretazione d'urgenza, si applichino anche **retroattivamente** alle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero solo a quelle indette successivamente.

Richiamando preliminarmente i principi generali in tema di **efficacia della legge nel tempo** (art. 11 delle Preleggi) che escludono in termini generali il carattere retroattivo della legge, l'ANAC evidenzia come l'art. 65 del richiamato decreto semplificazioni abbia espressamente disposto la sua entrata in vigore nel **giorno successivo** alla sua **pubblicazione** nella G.U.R.I. (ossia il 17 luglio 2020).

Considerato, inoltre, che per espressa previsione del legislatore le disposizioni derogatorie relative agli affidamenti sotto soglia si applicano alle procedure la cui **determina a contrarre o atto di avvio del procedimento equivalente** sia adottato entro il 31 dicembre 2021, il legislatore ha individuato un preciso **dies a quo** (adozione della determina a contrarre) come momento che cristallizza temporalmente la disciplina applicabile alle procedure di affidamento di contratti sotto soglia.

D'altra parte, rileva l'Autorità, l'applicazione "retroattiva" del meccanismo dell'esclusione automatica ad una procedura con un numero di offerenti inferiore a dieci (come previsto dall'art. 97, c. 8, del Codice *ratione temporis* applicabile) si porrebbe in contrasto con i principi di **par condicio**, **concorrenza**, **correttezza** e **proporzionalità** di cui all'art. 30 del Codice degli appalti, nonché con un orientamento consolidato della Corte di giustizia dell'UE.

Per quanto premesso, accertato che nel caso di specie la richiesta di offerta era stata pubblicata il 13 luglio 2020, l'ANAC esclude l'applicazione alla fattispecie in esame della previsione di carattere temporaneo di cui all'art. 1 del d.l. 76/2020, relativa all'estensione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di almeno cinque offerenti (in luogo di dieci), essendo tale disposizione, invero, applicabile ai soli affidamenti diretti e/o alle procedure negoziate la cui determina a contrarre o atto equivalente sia stata adottata **dal 17 luglio 2020 al 31 dicembre 2021**.

\* \* \* \* \*



## Lo stato degli appalti e dell'edilizia pubblica nell'ultima circolare del MIT

La crisi economica determinata dall'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 va affrontata e superata con un **rilancio di tutte le attività produttive**: lo scrive il Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti, Paola De Micheli, in una delle ultime circolari ([la n. 45113 del 18 novembre 2020](#)) indirizzate dal Dicastero alle Regioni, alle Province ed ai Comuni italiani, che ripercorre i contenuti del d.l. 76/2020 (di cui si è appena dato conto), recante "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*", e le modifiche ad esso apportate in sede di conversione dalla legge n. 120 del 2020 in punto di commesse pubbliche ed edilizia. Di seguito si riportano i passaggi più significativi ed ulteriori rispetto a quanto si è già riportato negli scorsi numeri di questa *Rassegna*.

Al fine di favorire la presentazione di proposte progettuali alle amministrazioni aggiudicatrici da parte di operatori economici per la realizzazione in concessione (ovvero mediante contratti di partenariato pubblico privato) di lavori pubblici o di pubblica utilità, viene consentito agli operatori economici di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative ad interventi già previsti negli strumenti di programmazione, potenziando lo strumento del promotore nell'ambito della **finanza di progetto**, mediante una modifica dell'articolo 183 del Codice.

Per quanto attiene al contenzioso giurisdizionale sulle gare d'appalto si è ulteriormente limitata la possibilità di adozione di **misure cautelari** che interferiscano sulla procedura di aggiudicazione o sulla stipulazione del contratto, prevedendo, ogni qualvolta possibile, il giudizio dinanzi al TAR e al Consiglio di Stato definito con sentenza semplificata e si è stabilito che la sentenza che definisce il giudizio debba essere pubblicata entro **quindici giorni** dall'udienza di trattazione della causa, ovvero che nel medesimo termine sia almeno pubblicato il dispositivo della decisione.

Ancora, sempre in tema di impugnazioni, si è ampliata a tutti i contratti d'appalto sopra soglia la previsione dell'art. 125 c.p.a. che esclude anche in caso di annullamento dell'aggiudicazione la caducazione del contratto già sottoscritto, sostituita da un **risarcimento per equivalente**.

Inoltre, si è provveduto a disciplinare in modo puntuale le situazioni nelle quali la **prosecuzione dei lavori**, per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa procedere con il soggetto designato, né, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designato, ove in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare, stabilendo che la stazione appaltante, previo **parere del collegio consultivo tecnico**, possa per gravi motivi tecnici ed economici proseguire con il medesimo soggetto oppure, qualora non sussistano i presupposti per la prosecuzione del rapporto contrattuale, debba dichiarare senza indugio, in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4, del Codice, la **risoluzione del contratto** (che opera di diritto) e provvedere al **completamento dell'esecuzione** del contratto secondo una delle seguenti modalità alternative: **esecuzione in via diretta**, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera, **interpello dei soggetti** che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato; **indizione di una nuova**

**procedura**; proposta di **nomina di un commissario straordinario** ai sensi dell'articolo 4 del d.l. 32/2019. In ogni caso, l'impresa subentrante, ove possibile e compatibilmente con la sua organizzazione, è tenuta a proseguire i lavori anche con i lavoratori dipendenti del precedente esecutore se privi di occupazione.

Sempre con riferimento alla fase di esecuzione dell'appalto, in funzione di supporto delle stazioni appaltanti e quale strumento per la risoluzione degli eventuali conflitti tra la stazione appaltante e l'esecutore, è stato reintrodotta il **collegio consultivo tecnico**, la cui costituzione, in funzione deflattiva del contenzioso, è obbligatoria fino al 31 dicembre 2021 e per gli appalti sopra soglia.

Per quanto attiene all'**edilizia**, il d.l. 76/2020 si è prefisso di rimuovere gli ostacoli burocratici, semplificando ulteriormente i procedimenti e in particolare ha provveduto a:

- semplificare la disciplina degli interventi di demolizione e ricostruzione, nonché delle procedure di modifica dei prospetti degli edifici attraverso un ampliamento della nozione di ristrutturazione edilizia, con la conseguente applicabilità del regime autorizzatorio della **SCIA** in luogo del permesso di costruire;

- prevedere l'**incremento del 20% della cubatura** e la possibilità di sostituire la SCIA al permesso di costruire ove si intervenga su immobili da destinare ad attività scolastiche, sanitarie, di ricezione turistica ed edilizia residenziale e sociale comunque denominata;

- accelerare i termini di svolgimento delle procedure edilizie tramite una **conferenza di servizi semplificata** per acquisire l'assenso di tutte le amministrazioni coinvolte;

- incentivare gli **interventi di rigenerazione urbana**, con la riduzione del contributo di costruzione da pagare al Comune;

- **prorogare per legge la validità dei titoli edilizi**, nonché a semplificare a regime il meccanismo della proroga dei predetti titoli, affidandolo di regola a una dichiarazione da presentare tempestivamente a cura dell'interessato, anziché a un provvedimento da chiedere al Comune;

- garantire una maggiore certezza giuridica nei rapporti tra utenza e pubblica amministrazione mediante il rilascio di apposita **certificazione attestante l'intervenuta formazione**, nei casi previsti dalla legge, **del cd. silenzio-assenso**;

- semplificare le attività di ricostruzione pubblica nelle zone colpite da eventi sismici.

---

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie cui hanno collaborato, in questo numero:

Stefania Federici, Federica Fiore, Federica Migliore,

Laura Piccoli, Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla

Provincia Autonoma di Trento – Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) – via Dogana n. 8  
38122 Trento (TN) – Tel 0461/496494 – Fax 0461/496422 – [apac@provincia.tn.it](mailto:apac@provincia.tn.it) –

[www.appalti.provincia.tn.it](http://www.appalti.provincia.tn.it)

\* \* \* \* \*

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



*La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agenzia potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.*

---